

## 判例評釈

## 〔民事手続判例研究〕

早稲田大学民事手続判例研究会

行政事件訴訟法22条により訴訟参加することのできる  
第三者が民事訴訟法上の補助参加をした場合の処遇

仙台高判平25・1・24判時2186号21頁

繁 田 明 奈

## 《事案の概要》

Y 県（被告・控訴人）知事は、産業廃棄物処理業者 Z（参加人・控訴人）に、申請にかかる産業廃棄物処理施設の設置を許可した。しかし、その予定地の周辺住民である X ら（原告・被控訴人）が、Y 県に対し、主位的に本件処分取消しを求め、予備的に本件処分取消しを命ずることを求める訴え（義務付け訴訟）を提起した。Z は、原审に「補助参加の申立書」と題する書面を提出したが、その書面には Z が訴訟の結果について利害関係を有するとあるのみで、その根拠法条について格別の記載はなかった。Z は、原审第 5 回口頭弁論期日において、本件訴訟への参加形態として民訴法上の補助参加を維持するのか、あらためて行訴法22条に基づく訴訟参加をするのかについて、原审に本件参加申出が民訴法42条以下による補助参加である旨通知した。原审は、X らの原告適格を認めたうえで主位的請求にかかる訴えを出訴期間経過後に提起された不適法なものとして却下し、予備的請求である義務付けの訴えを認容した。Y は控訴せず、Z はこれを不服として控訴した。Y は、原审に Z のした本件控訴を全部取り下げる旨の控訴取下げ書を提出した。Z は、口頭弁論期日の指定を申し立て、その理由として、Z は、本件判決の効力の及ぶ第三者に該当することが明らかであるところ、最一小判昭40・6・24民集19巻4号1001頁によれば、判決の効力の及ぶ第三者による補助参加は、いわゆる共同訴訟的補助参加と解されるので、Z には共同訴訟参加に準じた訴訟追行権が認められて然るべきであるから、Y が単独でした本件控訴の取下げは無効であると主張した。

## 《判旨》

### Y の控訴取下げによる訴訟終了宣言

「確かに行政事件訴訟特例法の下においては、第三者が判決の効力を受けるにもかかわらず、当事者適格が認められないため自ら共同訴訟参加することができない結果、その権利利益が不当に害されることとなるといういわば立法の不備を補い共同訴訟参加に係る規定を準用ないし類推するため、補助参加についても共同訴訟的補助参加と解釈すべきものとされてきたのであるが、そうした不都合を解消すべく判決の効力を受ける第三者についても共同訴訟参加又はこれに準じた訴訟参加をすることのできる制度が法令上明文で定められた場合には、最早そうした共同訴訟参加に係る規定を準用ないし類推する基礎となる必要性及び許容性が失われることとなるものと解される。そして、行政事件訴訟法はその二二条において訴訟の結果により権利を害される第三者は、その申立てにより、受訴裁判所の決定をもって訴訟参加することができること及び訴訟参加した第三者については民事訴訟法四〇条一項ないし三項が準用される結果、共同訴訟参加に準じた参加ができることを定め、上記のような立法の不備を解消するに至っている。それにもかかわらず、こうした訴訟参加の手段を採ることなく民事訴訟法上の補助参加を選択した場合、すなわち、行政事件訴訟法が従前の立法の不備を補い、その制度を利用し得る者について一定の要件を定め、受訴裁判所の判断の下で自ら参加することができるという自己完結的な訴訟参加制度を整えたにもかかわらず、当事者の異議がなければ無条件で訴訟参加が認められるような民事訴訟法上の補助参加を選択する場合についても、これをいわゆる共同訴訟的補助参加と解して、民事訴訟法四〇条を類推するなどして共同訴訟参加をしたのと同様の効力をなお認めるべき理由はこれを見出すことができない（最高裁昭和六三年二月二五日第一小法廷判決・民集四二巻二号一二〇頁参照。なお、控訴人補助参加人が援用する最高裁昭和四〇年六月二四日第一小法廷判決・民集一九巻四号一〇〇一頁は、行政事件訴訟法二二条のような共同訴訟参加に準じた参加の規定がないため自ら訴訟参加をする途が制度上保障されていたとはいえない行政事件訴訟特例法の下での事案であって、本件に適切ではない）。

控訴人補助参加人は、行政事件訴訟法二二条に基づき共同訴訟参加に準じた参加ができる本件訴訟の結果により権利を害される第三者であることが明らかであるにもかかわらず、これによることなく、あえて民事訴訟法上の補助参加を選択した以上は、民事訴訟法の定める補助参加人としての地位に基づく権限を有するにすぎず、被参加人である控訴人の訴訟行為と抵触する訴訟行為を行うことができない結果、控訴人がした控訴の取下げは、控訴人補助参加人の同意の有無に関わりなく、有効というべきものである。本件のように、共同訴訟参加が認められ

る場合、共同訴訟参加をするか補助参加をするかは当事者の選択に委ねられているから、その選択した参加形態による効果の違いを受ける結果、控訴人の控訴取下げによって控訴人補助参加人のした控訴の効力が失われることは、処分権主義の観点からみて当然の帰結というべきものである（もっとも、現行の行政事件訴訟法の下においても、補助参加についてはなおこれを共同訴訟的補助参加と解する考え方もあるから、上記のような解釈は控訴人補助参加人にとって不意打ちとなる面もないとはいえないが、上記認定のとおり、控訴人補助参加人にはその参加の申立ての際、改めて行政事件訴訟法上の訴訟参加をするかどうか熟慮する機会も与えられていたのであるから、その点は上記判断を左右しない。また、上記の熟慮の機会は、その経緯に鑑み、原審の訴訟指揮の下で与えられたものとうかがわれることに照らせば、その職権の行使に違法な点はないというべきである）。

## 《争点》

参加人は被参加人の行為と抵触する行為（本件では控訴）を行うことができるか。<sup>(1)</sup>

## 《評論》

### 一. はじめに

本判決は、被参加人が控訴を取り下げた場合、参加人単独で控訴できない旨判示したものである。その理由は、行訴法22条参加ができるにもかかわらず、あえて民訴法上の補助参加の途を選んだのであれば、それは共同訴訟的補助参加ではなく通常の補助参加であり、参加人と抵触する行為はできないからであるとする。なお、本判決は、「行政事件訴訟法22条のような共同訴訟参加に準じた参加の規定」と述べているが、Zには取消訴訟について自己の請求がないのであるから（もちろん義務付け訴訟にもない）、共同訴訟参加・独立当事者参加はできないことになる。すなわち、Zには当事者適格がないのであるから共同訴訟参加では

---

(1) その他、以下のような事柄も問題となるのではないであろうか。

原審は、Xらの原告適格を認めたうえで主位的請求にかかる訴えを出訴期間経過後に提起された不適法なものとして却下し、取消訴訟については訴訟が終了している。そこで予備的請求である義務付け訴訟のみが残ることになる。仮に本件において通常の補助参加ではなく、（行訴法22条でない）共同訴訟的補助参加が認められていた場合、参加人は控訴できるのであるか（一度共同訴訟的補助参加人になれば他の請求に関しても共同訴訟的補助参加人となりうるのか）。というのも、義務付け訴訟には第三者効が働かないからである（行訴法38条1項による32条の不準用）。本件においては、請求の客観的併合がなされている。このように、別々の訴訟が併合されているのみであれば、取消訴訟で共同訴訟的補助参加人とされても、義務付け訴訟には第三者効がないので、結局Z単独での上訴はできないのではなかろうか。

なく、共同訴訟的補助参加のことを指しているとみなすべきであろう。<sup>(2)</sup>なお、行政事件訴訟法の前身である行政事件訴訟特例法のもとの処理は、本判決が述べるように、「第三者が判決の効力を受けるにもかかわらず、当事者適格が認められないため自ら共同訴訟参加することができない結果、その権利利益が不当に害されることとなるといういわば立法の不備を補い共同訴訟参加に係る規定を準用ないし類推するため、補助参加についても共同訴訟的補助参加と解釈すべきものとされてきたのである」という。しかし、本判決は、行訴法22条制定後については、行訴法22条の訴訟参加が可能な者が行う補助参加は、共同訴訟的補助参加ではないという法令解釈を行い、そこに本判決の意義があるのである。<sup>(3)</sup>

そこで、以下では、まずドイツの共同訴訟的補助参加の規定を継受して立法化された日本の共同訴訟参加の立法過程、初期の学説をみておく。そのうえで、通常の補助参加について簡単に触れ、共同訴訟的補助参加の学説、判例、近時の学説をみておく。最後に、本判決への評論を簡単ではあるが述べておきたい。

## 二. 立法過程

参加には主に4つの形態がある。すなわち、共同訴訟参加、通常の補助参加、共同訴訟的補助参加、独立当事者参加である。<sup>(4)</sup>もっとも、本件で問題となり得るのは前者3つの形態であるから、本稿では独立当事者参加は検討対象から除外する。

共同訴訟参加は、民訴法52条に規定があり、その1項で「訴訟の目的が当事者の一方及び第三者について合一にのみ確定すべき場合には、その第三者は、共同訴訟人としてその訴訟に参加することができる」と定められている。規定上は、「合一にのみ確定すべき場合」という要件しか挙げられていないが、以下で述べるように、それに付加して「当事者適格」をも必要とするのが現在の通説的理解とされる。

日本の共同訴訟参加は、もともとドイツ民訴法69条の共同訴訟的補助参加の規定を継受して立法化されたものである。<sup>(5)</sup>ドイツ民訴法69条は、「民法の規定により、本訴訟において言い渡された裁判の確定力<sup>(6)</sup>が、補助参加人と相手方との法

(2) 南博方は編『条解行政事件訴訟法』(弘文堂、第4版、平成26年)〔神橋一彦〕461頁においても、行訴法22条による「訴訟参加が、共同訴訟的補助参加の性格を持つ」とされている。なお、行訴法7条により民訴法の適用があるから、補助参加はできることになる。

(3) 上田竹志「判批」法セ(平成25年)112頁。

(4) 各種参加類型の相互関係については、高橋宏志「各種参加類型相互の関係」新堂幸司『講座民事訴訟③当事者』(引文堂、昭和59年)253頁以下参照。

(5) ドイツの共同訴訟参加の形成史については、桜井孝一「共同訴訟の参加と当事者適格—通説に対する批判的考察—」中村宗雄先生古稀祝賀記念論文集刊行会『民事訴訟の法理』(敬文堂出版部、昭和44年)233頁以下が詳細である。

律関係につき効力を有するときは、補助参加人は、第61条の意味において〔共同訴訟の効果一筆者〕主たる当事者の共同訴訟人とみなされる<sup>(7)</sup>と規定している。

立案担当者であった松岡義正委員は、「此六十八条（現行五二条一筆者）は之は新設の条文でありまして、今迄の法律では此斯う云ふやうな場合即ち合一にのみ確定するやうな場合に於て第三者が訴訟に参加したときにはどう云ふ風に取り扱ふと云ふことが極めて不明瞭でありますから、本条を設けて斯う云ふ場合には共同訴訟人として訴訟に参加することが出来る、斯う致して第三者の利益を保護することにしたのであります、尤も之に類似する条文は獨逸の民事訴訟法の六十九条にあるのでありまして、之は至極宜い規定だらうと思ふのであります」と説明した（旧字体は現代語に変換して記載。以下同じ。）。しかし、この旧民訴法改正調査委員会<sup>(8)</sup>のなかですでに、共同訴訟参加は、訴訟参加であるのか、共同訴訟であるのかについて意見が衝突していた。まず、共同訴訟的参加人の地位に関しては、鈴木喜三郎委員<sup>(9)</sup>が、また、株主総会決議無効の訴えを例とする議論においては、岡野敬次郎委員<sup>(10)</sup>が質問を投げかけた。しかし松岡委員は依然として、「訴訟参加の形式で以て矢張りさう云ふことも出来る、訴訟参加の形式で保護を全うすることが出来ると思ふ<sup>(11)</sup>」として、参加的把握を強調している。

### 三. 初期の学説の状況

このように、改正調査委員会の中で既に議論が混沌としていたため、学説においても議論が複雑となった。学説の初期段階では、参加的制度把握、すなわち当事者適格不要説が比較的強かったとされ、その最たる主張者が山田正三博士<sup>(12)</sup>、松岡博士<sup>(13)</sup>、および中村宗雄博士<sup>(14)</sup>だといふ。簡単に概観すると、山田博士は、参加的

(6) ドイツ語では、「die Rechtskraft」となっており、既判力以外の確定力（執行力、形成力等）を含めた意味で解するのが適当であるのか、既判力と解すべきなのかは判然としない。しかし、原文が「die materiell Rechtskraft」とされていないことから、本稿では「確定力」と訳しておく。

(7) 独語訳は基本的に、法務大臣官房司法法制部編『ドイツ民事訴訟法典（2011年12月22日現在）』〔春日偉知郎＝三上威彦訳〕法務資料第462号を参考にした。

(8) 『日本民事訴訟法改正調査委員会速記録』（第九回、大正11年4月4日付。以下、速記録という。）222頁以下。

(9) 速記録・前掲注8・226頁以下。

(10) 速記録・前掲注8・231頁以下。

(11) 速記録・前掲注8・233頁。

(12) 山田正三『改正民事訴訟法第一卷』（弘文堂、昭和5年）247頁、249頁。なお、山田博士はその第三巻で当事者適格必要説に改説している。

(13) 松岡義正『新民事訴訟法註釋第二卷』（清水書店、昭和5年）401頁。

(14) 中村宗雄『改正民事訴訟法要義第一卷』（巖松堂書店、昭和5年）108頁、110頁。

(15) 以下の議論については、桜井・前掲注5・222頁以下参照。

性格も共同訴訟の性格も並列的に認められる。松岡博士は、共同訴訟参加人はあくまで参加人であって、当事者ではないから当事者適格も不要であるとする。中村博士は、共同訴訟参加人は、参加により当事者となるが訴えを提起した者でもされた者でもないので当事者適格を必要としないとする。

このように初期段階では当事者適格不要説が強かったが、改正調査委員会の中で既に問題視されていたように、共同訴訟的把握すなわち当事者適格必要説の主張がなされるようになった。その嚆矢となったものが、岩沢彰二郎判事の諸説<sup>(16)</sup>であるとされている。岩沢判事は、共同訴訟参加は、類似必要的共同訴訟の一形態であり、それゆえ、類似必要的共同訴訟人たりえない者は共同参加をなしえず、共同訴訟参加するためには当事者適格を要するとした。そして、細野長良博士は、共同訴訟参加を共同訴訟の面で捉え、固有必要的共同訴訟および類似必要的共同訴訟の補充として位置付け、当事者適格を要するとした。その後、兼子一博士<sup>(18)</sup>は、「訴訟の係属中、第三者が原告又は被告の共同訴訟人として参加することで、参加の結果合一確定共同訴訟となる場合に認められ」と定義し、「他人間の訴訟の判決の効力を当事者の一方との間で受ける第三者が、自ら別訴を提起する代わりに（別訴をしても、前の訴訟の判決が確定してしまうと間に合わない場合もある）、自己の請求をこれと併合して、共同訴訟人となることを許す趣旨からである」と説明される。そして、その要件としては、①訴訟が係属中であること（上告審でもよい）、②訴訟の目的が当事者間および参加人と相手方との間に合一に確定されなければならない場合のこと（すなわち類似必要的共同訴訟となる場合）、③参加人が相手方に対し、本訴の請求またはそれに対する反対申立てと同内容の主張をする適格のあることの三点を挙げている。かくして、共同訴訟参加は現在に至るまで当事者適格必要説が支配的となったのである。

#### 四. 補助参加

ここで通常の補助参加について簡単に述べておきたい。<sup>(19)</sup>補助参加については、民訴法42条が「訴訟の結果について利害関係を有する第三者は、当事者の一方を補助するため、その訴訟に参加することができる」と定めている。補助参加の利益としての「訴訟の結果について利害関係を有する」とは、参加人の法律上の地

(16) 岩沢彰二郎「共同訴訟参加」司法研究報告書集第八輯の一（昭和3年）107頁以下、特に117頁。

(17) 細野長良『民事訴訟法要義第二巻』（巖松堂書店、第15版、昭和15年）406頁。

(18) 兼子一『新修民事訴訟法体系』（酒井書店、増補版、昭和58年）389頁以下。

(19) 補助参加は、「従たる当事者」と呼称されていた。そのドイツの理論的系譜については、桜井孝一『「従たる当事者」概念の理論的系譜—補助参加人の法的地位をめぐるドイツの理論を中心として—』早法13巻（昭和37年）35頁以下参照。



位が、論理上訴訟物について（ないし判決理由中）の判断を前提にして決せられる関係にあることを意味する。また、補助参加の申出については民訴法43条および同法44条が、当事者の異議がない限り参加の許否について疎明する必要はないとし、同法45条（特に2項）等からみて、補助参加人の地位には被参加人に従属する面がある。

## 五. 共同訴訟的補助参加

次に共同訴訟的補助参加についてであるが、前述のようにドイツの共同訴訟的補助参加を継受したのは共同訴訟参加であり、共同訴訟的補助参加ではない。<sup>(20)</sup>逆に、ドイツでは共同訴訟参加及び独立当事者参加が明文で定められておらず、共同訴訟的補助参加への期待もそれなりに大きいのであり、日本における状況と若干のズレがある。では、日本の共同訴訟的補助参加はどのように形成・発展していったのであろうか。<sup>(21)</sup>まず、日本における共同訴訟的補助参加は、当事者適格を要する共同訴訟参加と通常の補助参加との間隙を補う位置づけにあり、判決効の拡張を受けながらも、当事者適格を有せず、共同訴訟参加ができない場合にその効用がある。判決効を受けるのであるから、当該第三者にも十分な手続保障が必要であるため、被参加人に従属する通常の補助参加人の地位では満足できず、かといって、共同訴訟参加をしようにも当事者適格がないために共同訴訟参加をな

(20) 松原弘信「共同訴訟的補助参加の理論的基礎—『当事者総論』との関わりに留意して」伊藤眞先生古稀祝賀論文集『民事手続の現代的使命』（有斐閣、平成27年）580頁によれば、ドイツにおいては、「二面訴訟を超えた三面訴訟（当事者参加などの多面訴訟）は二当事者対立構造の概念に反するとして禁止されており、共同訴訟的補助参加はドイツ法において当事者参加を認めることなく二当事者対立構造を厳守するための砦としての意義と役割を有している」とされる。

(21) ドイツの共同訴訟的補助参加の形成史については、井上治典「共同訴訟的補助参加論の形成と展開—参加人の地位を中心として—」同『多数当事者訴訟の法理』（弘文堂、昭和56年）110頁以下が詳細である。ドイツの民事訴訟法典の中で、最初に共同訴訟的補助参加をとり入れたとみなしうるのは、ハノーヴァー王国民事訴訟法（1852年施行）とされている。次いで、ハノーヴァー草案（1862年）は、参加人の地位について格別の規定は設けなかったとされる。ハノーヴァー草案は、ハノーヴァー王国民訴訟法と異なり、既判力が及ぶ場合の参加の独自性を認めず、補助参加一般について共通の法理を適用したとされる。次いで、プロイセン草案では、現行民訴法69条の規定とほとんど変わらない共同訴訟的補助参加の登場を認めることができると述べる。補助参加並びに共同訴訟的補助参加は、このプロイセン草案が若干の修正を受けながらもドイツ民訴法に採用されることになったようである。かくして補助参加人と相手方との法律関係につき既判力を生ずるときは、補助参加人は同法58条の意味において主たる当事者の共同訴訟人とみなされることとなり、このことは共同訴訟的補助参加の地位の問題にほかならないとされる。その他、学説の理論的系譜に関しては、114頁以下参照。

することができない場合に第三者を保護しようとして、明文の規定はないが、判例・学説が認めてきたものである。共同訴訟的補助参加人には補助参加人の従属性がはずれ、必要的共同訴訟人（民訴法40条）に近い地位が与えられる。具体的には、被参加人の行為と矛盾・抵触する行為が可能となる。上訴期間も、被参加人とは別個に独立して起算される。共同訴訟的補助参加人に中断・中止事由が生ずれば、手続全体が中断・中止する。他方、訴訟自体を処分する行為、たとえば、訴えの取下げや請求の放棄・認諾などについては共同訴訟的補助参加人単独で行うことはできない。また、被参加人との間には参加的効力<sup>(22)</sup>が生ずる点で被参加人に従属する面が残されている。

しかし、当事者適格はないが通常の補助参加では第三者の地位を保障できないような場合のすべてに共同訴訟的補助参加を認めるべきではなく、一定の絞りをかけるべきであることが認識されるようになった（詳細は、本稿第七参照）。

## 六. 判例<sup>(23)</sup>

実質の意味で共同訴訟的補助参加の理論が初めて適用された事例としては、東京控判昭8・10・20新聞3662号13頁がある。該判決では、「被参加人ニ利益ナルモノナル以上仮令被参加人ノ行為ト抵触スルモ尚有効ニ之ヲ為シ得ルモノト解スルヲ相当トスルカ故ニスル場合ニ於テハ被参加人ノ控訴権ヲ放棄シタル後ニ於テモ参加人ヨリ有効ニ控訴ヲナシ得ルモノト云フヘシ」と述べた。そして、初めて共同訴訟的補助参加を認めたものとしては、大判昭13・12・28民集17巻24号2878頁がある。該判決では、「民事訴訟法第六十九条第二項（現行民訴法45条1項、2項〔変更〕一筆者）所定ノ制限ニ従ハス、従参加人トシテ為シ得ル訴訟行為ノ範圍ニアリテハ恰モ共同訴訟人ノ如ク訴訟行為ヲ為シ得可キ地位ヲ有シ、主タル当事者ト参加人トノ間ニハ民事訴訟法第六十二条ノ規定準用セラル可ク、所謂共同訴訟的補助参加人ニ外ナラス」と述べられた。さらに、最一小判昭40・6・24民集19巻4号1001頁は、行政事件訴訟特例法下の取消訴訟の事案で、被告補助参加人のなした控訴を被参加人たる控訴人（被告）が取り下げた場合に、判決効が第三者である補助参加人に及ぶことから、被参加人による控訴取下げでは控訴の効力は失われるものではないとした。その他、共同訴訟的補助参加を認めたものとしては、最一小判昭45・1・22民集24巻1号1頁、大阪高判昭45・11・9判時618号79頁等がある。なお、共同訴訟的補助参加の位置づけについて詳述するも

(22) 高橋宏志『重点講義民事訴訟法（下）』（有斐閣、第2版補訂版、平成26年）470頁等参照。また、要件論に関しては、本稿第七「近時の学説の状況」参照。

(23) 近時のドイツにおける（裁）判例については、本間靖規「共同訴訟的補助参加について」梅善夫先生・遠藤賢治先生古稀祝賀『民事手続における法と実践』（成文堂、平成26年）672頁以下参照。



のとして、東京高（中間）判昭46・5・31判時634号31頁がある。該判決は、まず、「判例、学説が解釈上これを認めようとするのは、もとより、他人間の訴訟における判決の効力をうけるべき第三者の地位を、できる限り保護しようとするにある」と述べたうえで、「わが民訴法には、別に共同訴訟参加なる制度が（民訴法75条—現行民訴法52条筆者）存するのであって、かような独自の参加制度を有するわが民訴法の解釈としては、共同訴訟的補助参加は、原則として、訴訟の第三者が、その訴訟に基づく判決の効力をうけるにもかかわらず、当該訴訟につき法律上当事者適格を与えられていないために、共同訴訟人としては参加することができない、という場合にのみ、これを認めることとすれば、十分である」とした。また、身分関係について、結論としては共同訴訟的補助参加の成立を否定したが、控訴審がこれを肯定したものとしては、最一小判昭50・7・3判時790号59頁がある。その後、共同訴訟的補助参加の成立の有無が問題となった（裁）判例については紙幅の関係上省略するが、会社訴訟、身分関係訴訟、特許訴訟が多いようである。

さて、本件控訴審は、最一小判昭63・2・25民集42巻2号120頁の「こうした訴訟参加の手段（行訴法22条参加—筆者）を採ることなく民事訴訟法上の補助参加を選択し得る者について一定の要件を定め、受訴裁判所の判断の下で自ら参加することができるという自己完結的な訴訟参加制度を整えたにもかかわらず、当事者の異議がなければ無条件で訴訟参加が認められるような民事訴訟法上の補助参加を選択する場合についても、これをいわゆる共同訴訟的補助参加と解して、民事訴訟法40条を類推するなどして共同訴訟参加をしたのと同様の効力をなお認めるべき理由はこれを見出すことができない」を引用している。もっとも、同判決においては、参加人に当事者適格が存し、共同訴訟参加が出来る事案であった。すなわち、参加人がした補助参加の申出は、共同訴訟参加することが可能である場合に行われたものであるから、本件補助参加をいわゆる共同訴訟的補助参加と解することはできないとしたのである。

この昭和63年判決に対する評釈において、高橋利文調査官<sup>(24)</sup>は、「当該補助参加がいずれの効力を有するかは、当該訴訟の判決の効力が当該補助参加人に及ぶか否かにより客観的に決まるべきものであり、その者がいずれの補助参加を選択したかにより決まるものではない」としたうえで、「他人間の訴訟の判決の効力が及ぶ第三者が申し出た補助参加のすべてが共同訴訟的補助参加であると解することはできないもの」とし、「こうした参加方式（共同訴訟参加—筆者）を認めないドイツ民事訴訟法のもとにおけるよりも共同訴訟的補助参加という観念を認める

(24) 高橋利文「判解」最高裁判所判例解説民事篇昭和63年77頁以下。

実益は少ない」と述べる。また、同じく高橋調査官は、<sup>(25)</sup>「共同訴訟参加をすることが可能である場合にした補助参加の効力については、…これを共同訴訟的補助参加と解し共同訴訟参加をしたのと同様の効力を認めることは、相当ではない」とし、「そもそも共同訴訟的補助参加というものは、民訴法に規定がなく、解釈によって、学説、判例により認められてきたものであり」、「民訴法75条（現行民訴法52条—筆者）により共同訴訟参加が認められており、判決の効力を受ける者であっても当事者となり得る適格を有する者は、共同訴訟人（当事者）として訴訟に参加する途があり」、「このような共同訴訟参加という方式が明文で認められている以上、これにより得る場合は立法の不備を補うため解釈論によって認められてきた共同訴訟的補助参加を認める必要はない」という。また、東條武治教授<sup>(26)</sup>は、共同訴訟参加、通常の補助参加、共同訴訟的補助参加を以下のように整理する。「まず第一に、共同訴訟参加と補助参加とが認められ得る場合が考えられ、この場合はいずれか選択的に考えることができ、共同訴訟的補助参加は認められないということになる。つぎに第二に、共同訴訟参加が認められない場合（—共同訴訟参加に関する出訴期間徒過後の場合を除く）で、補助参加のみが認められ得る場合が考えられ、この場合は事例により共同訴訟的補助参加の認められる可能性があるということとなろう」と述べる。しかし、藤原惇一郎教授は、本判決が示した推論は法論理的にはもっともなものであるが、「現実の妥当性を考えると、一考の余地がある」とし、「共同訴訟的補助参加のつもりなのか、それとも被参加人への訴訟行為の従属性を了解した単なる補助参加なのか、釈明の余地がある」と述べる。また、櫻井孝一博士<sup>(28)</sup>は、「補助参加、共同訴訟的補助参加および共同訴訟参加の関係につき、…後二者は、訴訟への介入の仕方こそ異なれ（自己の請求の定立があるか否かの違い）、いずれにおいても、判決の効力を受ける参加人の利益保護、その手続権の保障が眼目であり、被参加人との抵触行為の効力が認められなければならないという点では共通であり」、「共同訴訟参加ができる者が補助参加の形を選んだとしても、その基礎となる参加人の当該訴訟における実質的利益状況が同じであり、訴訟の展開過程からみて（例えば、抵触行為が行われるなど）その利益を保護する必要が生ずる場合には、それに共同訴訟的補助参加の取扱いが認められてしかるべきものと考えられる」と述べる。そして、「参加形態とその選択ということに関して、判決の効力を受ける参加人が当事者適格を有するときに、その訴訟上の地位を確保するためには必ず共同訴訟参加に

(25) 高橋利文「判批」曹時47巻3号（平成7年）83頁。

(26) 東條武治「判批」民商101巻2号（平成元年）108頁。

(27) 藤原惇一郎「判批」法セ416号（平成元年）104頁。

(28) 櫻井孝一「判批」百選Ⅱ（平成10年）383頁。

よらなければならない、補助参加したときにはそれは共同訴訟的補助参加とは認められず、その地位の保護を受けえないとして、二者択一的思考のもとで、画一的に処理したことには問題が残る」とする。そして最終的には、「Zが共同訴訟参加できるものと解したならば、それに応ずる措置（補助参加の申出を共同訴訟参加の申出にあらためさせるなど、当事者の意思を確かめること）が講ぜられてしかるべきものがあつたともいえよう」と述べた。また、山本克己教授は、<sup>(29)</sup>「共同訴訟参加をすることができる者が補助参加をした場合に共同訴訟的補助参加が成立しないと言うためには、共同訴訟参加をすることができる者を積極的に排除するための論拠が別に必要であり、それは「補助参加をした場合に共同訴訟的補助参加が成立することを認めても、そのことによって特段の不都合が生じなければ、それを否定する必要はないからである」とする。以上のように、調査官を除けば、学説はおおむね判旨反対である。私見としても、共同訴訟参加が可能な場合には必ず共同訴訟参加しなければならないということの論拠があいまいなように思われ、また、二者択一的思考で画一的に処理したことには疑問が残る。少なくとも、共同訴訟参加と通常の補助参加の違いを当事者に認識させる必要があつたように思われる。そのうえで、当事者が通常の補助参加を選択したとしても、参加人と被参加人との間で抵触行為が行われた場合に、常に初めの（通常の補助参加という）選択を優先させるという参加人にとって酷な処理の仕方には躊躇を覚える。

## 七. 近時の学説の状況

前述のように、共同訴訟的補助参加は、当事者適格を要する共同訴訟参加と通常の補助参加との間隙を補う位置づけにあり、判決効の拡張を受けながらも、当事者適格を有せず、共同訴訟参加ができない場合に第三者を保護しようとするものである。もっとも、このような場合のすべてに共同訴訟的補助参加を認めるのではなく、一定程度絞りをかけるべきであるとされる。まず、共同訴訟的補助参加が認められるのは、当事者適格のない第三者に判決の効力が及ぶ場合であるとする点では異論はないであろう。しかし、それを①特定の第三者に既判力が及ぶ場合に限る見解、②不特定の第三者に既判力が及ぶ場合（いわゆる対世効）に限る見解、③反射効が及ぶ場合にも認める見解にわかれ、また既判力が及ぶ場合にはすべて共同訴訟的補助参加が認められてしかるべきか等についても学説上対立がある。<sup>(30)</sup> また、別の角度から共同訴訟的補助参加が認められる場合を制限しようとして、その類型化を試みるものがある。たとえば、松原弘信教授は主に以下の

(29) 山本克己「共同訴訟的補助参加—最一小判昭和63年2月25日民集42巻2号120頁」法教299号（平成17年）94頁。

(30) 三木浩一＝山本和彦編『民事訴訟法の改正課題』（平成24年）33頁。

五つの見解があるとする。まず、①判決効が第三者に有利にも不利にも及ぶことのみを要件とする説、②第三者に不利な判決効が及ぶことのみを要件とする説、③被参加人敗訴の判決効が参加人に及ぶことに加え、これにより第三者の権利・法的利益が侵害されることを要件とする説<sup>(31)</sup>、④③の要件に加え、判決効を受ける第三者が当事者の一方と実質的な利害を共通にするとする説、⑤②の要件に加えて、その第三者が共同訴訟的補助参加をする申立てを要するとする民訴改正研の立法提案があるとされる。具体的事例については、破産者が破産財団に関する訴訟に参加する場合、遺言執行者が追行する訴訟に相続人が参加する場合、債権者の第三債務者に対する債権者代位訴訟に債務者が参加する場合などでは、破産者、相続人、債務者には既判力が及ぶために、共同訴訟的補助参加を認めるとされる。取締役選任決議取消訴訟などの会社訴訟に第三者が被告側に参加する場合にも対世効があるために共同訴訟的補助参加が認められるとする。検察官を被告とする死後認知訴訟に被相続人の子などが参加する等、人事訴訟については人訴法15条で民訴法45条2項を排斥し、民訴法40条1項から3項(中止部分のみ)<sup>(34)</sup>を準用する規定が設けられ、明文上、共同訴訟的補助参加が認められている。

もっとも、共同訴訟的補助参加を解釈上認める通説に対して、共同訴訟的補助参加不要論も主張されている。一つは、井上博士の見解で、通説のように通常の補助参加と共同訴訟的補助参加を峻別するのではなく、「第三者のもつより実質的な利益が決定的な拠りどころとされるべき」であり、「共同訴訟的補助参加と

(31) 松原・前掲注20・584頁による。

(32) 瀧川叡一教授は、株主総会決議の効力を争う訴訟を念頭に考察され、共同訴訟的補助参加の要件を、①被参加人敗訴の判決の効力が参加人(第三者)に及ぶこと、②これにより参加人(第三者)の権利または法律上の利益が害されることと定式化される。①に関しては、被参加人勝訴の場合を排斥する趣旨である。②に関しては、株主総会の効力を争う場合、請求認容判決は一般第三者に対してその効力が及ぶが、「判決の効力を受けることによって自己の権利または法律上の利益を侵害される第三者でなければ、共同訴訟的補助参加の利益を有するとはいえない。そうでない第三者は共同訴訟的補助参加人として保護する必要はないからである」とされる。瀧川叡一「株主総会決議の効力を争う訴訟における訴訟参加—共同訴訟的補助参加を中心として—」鈴木忠一編『会社と訴訟(上)』(有斐閣、昭和43年)333頁以下。その他、林田学「共同訴訟的補助参加」争点(新版)(昭和63年)144頁も同旨か。

(33) 三木浩一＝山本和彦編・前掲注30・36頁。

(34) なぜ中止部分に限るのかについては、「利害関係人に中断事由が生じても、被告適格者として検察官が存在するときに、常に訴訟手続を中断する必要があるか疑わしいし、そもそも利害関係人について承継を認める必要はないと考えられるからである」と説明されるが(松川正毅＝本間靖規＝西岡清一郎編『新基本法コンメンタール人事訴訟法・家事事件手続法』(日本評論社、平成25年)〔高田昌宏〕43頁)、一考の余地もあろう。たとえば、本間・前掲注23・689頁参照。

通常の補助参加との間に設けられている壁をとり払って、器は一つにして、その中にはいつてくる具体的紛争態様に応じて具体的問題を考えていくという発想が生じる余地がある<sup>(35)</sup>として、共同訴訟的補助参加の存在を否定される。すなわち、補助参加人の権限を拡張することで足りるのではないかというのが井上説である。もう一つは、桜井博士の見解で、「第三者は、そこで規定される『合一確定』の要件さえあれば、同条（現行民訴法52条―筆者）によって参加し、共同訴訟人となることができるのであって、そのためにさらに当該訴訟につき当事者適格を有することを必要としない。したがってこのことから生ずる間隙を補うため、通説が解釈上みとよう「ママ」とする共同訴訟的補助参加の理論も、この限りにおいてその必要性をもたなくなるといえる<sup>(36)</sup>」とされる。すなわち、共同訴訟参加には当事者適格が必要でないから、共同訴訟的補助参加の理論も不要だとする。

## 八. 結びにかえて

### ①本判決の適否

Zは、本件処分にかかわる産業廃棄物処理業者であり、Xから提起された本件処分取消しの義務付け訴訟（行訴法3条6項1号）にかかる実質的当事者であるが、本判決の名宛人ではない。行訴法22条参加と通常の補助参加の場合の違いの一つに、参加の利益の違いのほか、以下の違いが存在する。すなわち、前者の参加申立ては、当事者もしくはその第三者の申立てにより又は職権で、「決定をもつて」、その第三者を訴訟に参加できるとし、決定を受けてはじめて訴訟参加できる（行訴法22条1項）とされている。他方、後者の場合は、相手方の異議のない限り（補助参加の利益がなくしても）訴訟参加できるのである。

また本判決は、Zには熟慮の機会があったという一事をもって、抵触行為の効力を否定し、判決効を及ぼすという、Zの極めて不利な立場を正当化している。Zは必要的共同訴訟人に準じる地位につくことまでもを放棄したとみなすことはできないのではなかろうか。本判決は、第三者の保護を図るために設けられた行訴法22条の存在を理由として従来認められていた共同訴訟的補助参加を認めないとした。しかしこれは、かえって第三者の保護を弱めるものといえるのではなかろうか<sup>(37)</sup>。

また、山岸教授によれば、「民訴法の共同訴訟的補助参加の地位は、判決効の及ぶ第三者に付与されるが、行訴法二二条の訴訟参加は、判決効の及ばない第三者にも認められる<sup>(38)</sup>」とされる。したがって、行訴法二二条参加人であれば義務付

(35) 井上・前掲注21・150頁以下。

(36) 桜井・前掲注5・250頁。

(37) 間瀬清史「判批」リマックス49号（平成26年、下）113頁。

(38) 山岸敬子「判批」判時2214号（平成26年）140頁。

け訴訟についても控訴できることになる。これに対して、民訴法上の共同訴訟的補助参加人であれば判決効の拡張がないので控訴はできないことになる。したがって、厳密に言えば、裁判所は、本件において、通常の補助参加か共同訴訟的補助参加かと釈明するのではなく、通常の補助参加か行訴法二二条参加かとの釈明をすべきであり、その点は評価できる。しかしそのうえで、通常の補助参加をとった場合には、共同訴訟的補助参加にはならない可能性を述べるべきであったように思われる。なぜなら、訴訟は流動的・発展的であり、通常の補助参加で参加したが、途中で共同訴訟的補助参加となる可能性は捨てきれないように思われるからである。また、共同訴訟的補助参加か通常の補助参加かは、当事者の選択ではなく、法令解釈の問題とされるのである。本件評釈では、山岸教授は、「行訴法二二条による訴訟参加の地位は、他人間の訴訟の結果により権利を害される第三者に対する、憲法上の要請（憲法三二条）に基づく手続的人権の保障である」とし、「裁判所は、本条の参加の要件を充たす者には、必ず訴訟参加を許す決定をしなければならない」とし、参加人が「民訴法上の補助参加（民訴法四二条）を申し出た場合には、裁判所の責務として、行訴法二二条を釈明の上、職権による参加手続を執るべきことが本来である」と述べる。<sup>(42)</sup>しかし、行訴法22条参加を憲法上の要請とするのは行き過ぎの感があり、また、行訴法22条が「当事者若しくはその第三者の申立てにより又は職権で」参加させることができとしていることからして、職権参加を基本に据えるのは、参加人が行訴法22条参加をとるのか通常の補助参加をとるのかを選択する自由を奪うことになりはしないであろうか。下級審ではあるが、行訴法22条での訴訟参加と民訴法上の補助参加は選択的に認められるとしたものがある（大阪高決昭40・12・8判時434号31頁）。また、義務付け判決については第三者効がないため、産業廃棄物処理業者はさらにこの処分の取消しを求めて取消訴訟を提起することが出来ることになり、紛争の一回的解決が果たされないことになる。これを避けるべく、Zに対し補助参加の取下

(39) 参加申出人が「自分は共同訴訟的補助参加人だ」とはっきり主張して参加してくる場合は非常に少ないとされ、多くは単に補助参加を申し立て、「現実には被参加人との軋触行為がなされ、はたして補助参加人の行為が有効か無効かを判断する終局判決のなかで、〈本件補助参加は、共同訴訟的補助参加と解されるので、被参加人の上訴権放棄は効力がない〉などと説かれるのが、普通のパターンである」とされ、「判決段階における評価規範としての機能が、この参加態様のほとんどすべてであると言ってよい」とされる。井上・前掲注21・148頁以下。

(40) 最一小判昭40・6・24民集19巻4号1001頁。

(41) 山岸・前掲注38・138頁。

(42) 訴訟の存在を知らないが、何らかの理由で訴訟に参加させるべき者がいる場合、職権参加を当然に認めてよいかという問題もあるが、別稿で考えたい。



げ、訴訟参加の申立て及び控訴を促すべきであるとする見解も存在する。また、YとZの足並みが崩れた時点で、Zの補助参加を行訴法22条の訴訟参加に転換すべきとする説も存在する<sup>(43)</sup>。しかしながら、私見では、裁判所による職権参加をすべきではないと解される。なぜなら、前述のように、職権参加を基本に据えるのは、参加人が行訴法22条参加をとるのか通常の補助参加をとるのかを選択する自由を奪うことになるからであり、また、訴訟は流動的・発展的であり、通常の補助参加で参加したが、途中で共同訴訟的補助参加となる可能性は捨てきれないように思われるからである。また、共同訴訟的補助参加か通常の補助参加かは、当事者の選択ではなく、法令解釈の問題とされるのであるからである。上述のYとZの足並みが崩れた時点で補助参加を行訴法22条参加に転換すべきとする説に対しては、通常の補助参加と行訴法22条参加では参加要件等で大きな隔たりがあるので、簡単に転換を許すべきではないように思われる。どちらからといえ、通常の補助参加と（行訴法22条参加ではない）共同訴訟的補助参加に転換すべきとする方がよいのではなからうか。以上のように、三つの見解を示したが、間瀬教授の「これを避けるべく、Zに対し補助参加の取下げ、訴訟参加の申立て及び控訴を促すべきである」とする説が最も穏当な解決のように思われる。しかしながら、私見はあくまで、行訴法22条参加と通常の補助参加の二通りのルートを用意しておくべきであり、それは当事者の選択に任せるべきであると考え。そのうえで、共同訴訟的補助参加か通常の補助参加かは、当事者の選択ではなく、法令解釈の問題とすればよいのではなからうか。通常の補助参加のルートを残す要因としては、参加申立費用、参加要件、訴訟費用の負担等の面で手軽な通常の補助参加を選ぶ途を当事者に開いておく必要があると考えられるからである。

## ②共同訴訟的補助参加とは何か

一般に、共同訴訟的補助参加は、共同訴訟参加と通常の補助参加との間隙を埋めるものであり、判決効を受けるにもかかわらず当事者適格がないために通常の補助参加しかできないため第三者の保護が不十分であることから判例・学説上認められてきたものである。この点には異論はないであろう。しかし、共同訴訟的補助参加の要件、効果については前述のように争いがある。そこで、最後に、民事訴訟法改正研究会の提案をもとに、共同訴訟的補助参加とは何かを少し考えてみたい。共同訴訟的補助参加は、あくまで補助参加の一種であり、参加の結果共同訴訟となる。そこで、「補助参加を含め、請求を定立することなく訴訟に参加する制度を、たとえば『非請求定立参加』と命名して類型化し、共同訴訟的補助

(43) 間瀬・前掲注37・113頁。

(44) 上田・前掲注3・112頁。

(45) 三木浩一＝山本和彦編・前掲注30・36頁以下。

参加を、その中の一つの参加類型として位置づけることもあり得る」としているが、私見ではこれに賛成したい。しかし、民訴改正研では、第三者が共同訴訟的補助参加をする旨の申立てをすることを要件として付加するとしているが、その趣旨は、「判決効が及ぶ第三者の全てが、必ずしも被参加人に従属することなく訴訟追行を望むとは限らないため、明文の規定を置く代わりに、通常の補助参加をするのか、あるいは共同訴訟的補助参加をするのか、参加人に選択権を付与するのが適当である」とするが、この提案には躊躇を覚える。なぜなら、通常の補助参加か共同訴訟的補助参加かは法令解釈の範疇にあり、弁論主義に服さないとした最一小判昭40・6・24民集19巻4号1001頁に反するからである。また、この申立ての時期について改正研では触れられていないが、仮に訴訟係属中に申立てができるとすると、この意見には賛成しがたい。共同訴訟的補助参加であるか否かが問題となるのは、訴訟の入口においてではなく、被参加人と意見が衝突し、抵触行為がなされようとしている場合に問題となるのである。その時点で、「この参加は共同訴訟的補助参加だ」と言わせることが可能となるのはいかにも参加人に有利にすぎるのではなかろうか。それゆえ、民訴改正研の意見には賛成できない。次に、参加人に従前の訴訟状態を受け入れさせるか否かでは状況に応じて考え方が変わってくる。仮に被参加人が参加人の利益を害する目的で訴訟追行をする場合には訴訟状態をそのまま引き継がせるわけにはいかないであろう。しかし、当該研究会の別提案で詐害防止参加を廃止することが提案されていることとの関係上、参加人にいかなる場合に訴訟状態を引き継がせるかを決しなければならないが、それは困難なことであろう。

これらの提案を参考にすると、私見は以下のとおりである。まず、共同訴訟的補助参加が、判決効を受けるにもかかわらず当事者適格がないために通常の補助参加しかできないため第三者の保護が不十分であり古くから判例・学説上認められてきたものである以上、その明文化は望ましいものであると考えられる。そして、共同訴訟的補助参加はあくまで補助参加の範疇にあるのであるから、通常の補助参加と並べて、「非請求定立参加」として規定すべきように思われる。しかし、上述のように申立ては不要であり、その点については従来の実務にしたがって弁論主義に服しないとすべきであろう。最後に、訴訟状態の引継ぎに関しては、原則的には引き継がなければならないと明文化し、但書で詐害性をもつ場合にはこの限りではない、等と記載すればよいのではなかろうか。

このように、民訴改正研の提案にそって各問題について意見を述べたが、最後に、共同訴訟的補助参加とはいったい何なのかという問いについて、難問ではあるが、現時点での私見を述べておきたい。

共同訴訟的補助参加は、従来から不透明な面が多い制度であるといわれてい

る。しかしながら、上述のように、通常の補助参加か共同訴訟的補助参加かでは大きな隔たりがあり、また、共同訴訟参加とも大きな溝がある。かくみてみれば、共同訴訟的補助参加という制度は、単に、通常の補助参加と共同訴訟参加との間隙を埋めるものという立ち位置にすぎないのであろうか。民訴改正研において、当該制度の立法化が提案されていることを鑑みても、共同訴訟的補助参加の存在意義は、従来認識されてきたものよりもより大きなものであり、そうあるべきように思われる。というのも、通常の補助参加が担ってきたものではカヴァーしきれないものを、共同訴訟的補助参加が担うことによって解決されることが必要不可欠な場合が存在するからである。そこで、判例・学説が従来から認めてきた以上に、共同訴訟的補助参加は、その立法化を伴って、通常の補助参加と同程度にその効用を認識されてしかるべきように思われる。